Le militaire français face au droit

par Oriane BARAT-GINIES
Doctorante en droit public à l'Université de Poitiers
Lauréate du programme de soutien financier aux doctorants de l'IHEDN 2010
Juriste au Centre interarmées de concepts, doctrines et expérimentations (CICDE)
Auteur de *L'engagement militaire français en Afghanistan 2001-2011*, L'Harmattan, 2011 :
http://www.editions-harmattan.fr/index.asp?navig=catalogue&obj=numero&no_revue=&no=34240

Le code de la défense dans son article L 4111-1 prévoit que « l'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême ». Entre ses droits et devoirs, le militaire n'est pas tout à fait un citoyen comme les autres. Il est amené à intervenir et se déployer dans des zones difficiles pour rétablir la sécurité, souvent dans un cadre multinational accompagné d'un dispositif juridique extrêmement dense. De ces situations exceptionnelles et très complexes, peut naître chez le soldat un sentiment d' « insécurité juridique »[1] pouvant entraîner des effets négatifs voire désastreux à tous les échelons de la chaîne de commandement.

La première des difficultés rencontrée porte sur la **complexité des engagements** multinationaux et la diversité des missions extérieures dans lesquelles il intervient. Les opérations qu'il mène s'effectuent de plus en plus hors du champ habituel du droit des conflits armés[2], ce qui peut mener à certaines confusions dans la réalisation de la mission lorsque les mandats sont imprécis et les règles opérationnelles qui en découlent trop nombreuses ou peu adaptées. La superposition, l'imbrication voire la contradiction entre les différents corpus juridiques d'engagement de la force au niveau international, national et local imposent au soldat un degré de complexité supplémentaire.

La seconde difficulté concerne **la judiciarisation du théâtre** des opérations et la place croissante du droit dans la responsabilité qui incombe au militaire de répondre de ses actes devant la justice pénale internationale ou nationale.

Au vu de ce corpus juridique dans lequel est plongé le militaire au cœur de son engagement sur un territoire étranger, la question posée est celle de savoir si celui-ci est suffisamment protégé par le droit.

Afin d'apporter une première réponse à la question de l'étendue de la protection accordée au soldat, il est nécessaire de présenter la complexité du cadre juridique de l'engagement des

[1] L'insécurité juridique pourrait correspondre à l'absence de protection de l'individu par le droit, du manque d'encadrement de sa mission et de la recherche automatique de sa responsabilité pénale. Cette notion est alimentée par une incompréhension du phénomène de judiciarisation des théâtres d'opération et parfois de mauvaises connaissances des sciences juridiques.

[2] L'exemple de l'Afghanistan est une des références les plus actuelles. Le conflit armé a été qualifié de « non international » (CANI), cependant, la France n'intervient qu'en soutien de l'Etat afghan, comme tous les autres Etats membres de la force internationale d'assistance et de sécurité (FIAS). C'est un régime de « temps de paix » qui s'applique aux soldats. En revanche ils sont tenus de respecter, sur le théâtre, les règles relatives aux CANI.

forces armées pour ensuite évaluer les avancées du droit au regard de la spécificité du statut de soldat pour enfin développer sa responsabilité pénale.

I. Le cadre juridique de l'engagement

Pour ne citer que le plus récent théâtre des engagements français, qui depuis 10 ans, occupe l'esprit des politiques et militaires sur la manière de traiter un tel conflit, l'Afghanistan est le symbole même de la mission présentant de multiples caractéristiques juridiques complexes.
Dès l'automne 2001, plusieurs résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies vinrent préciser le cadre juridique de l'engagement et du déploiement des forces des nations membres. La résolution 1368 ouvrait le droit à la légitime défense, la résolution 1386 créait la Force Internationale d'Assistance à la Sécurité (FIAS) dont le mandat limité et circonscrit à la région de Kaboul s'est petit à petit élargi à tout le territoire afghan. Les missions actuelles s'effectuent, pour toutes les forces engagées sous mandat onusien, dans le cadre du Chapitre VII des Nations unies autorisant l'emploi de mesures coercitives.

Lors des premières frappes aériennes lancées par les américains le 7 octobre 2001 dans le cadre de l'opération « liberté immuable », l'engagement pour les États-Unis était clair. Les talibans présents en Afghanistan avaient agressé directement les intérêts américains, la riposte a donc été réalisée dans le cadre de la légitime défense[3].

Lorsque les États membres de l'OTAN sont intervenus en Afghanistan par solidarité affichée envers les alliés américains, les missions se sont tournées vers un objectif de sécurisation du territoire et de soutien au nouvel État afghan[4]. Or, la situation sur le terrain s'est très vite complexifiée en raison, d'une part, du nombre croissant d'acteurs présents, et d'autre part, de la dégradation progressive de la sécurité sur le terrain. Une mission qui devait s'occuper prioritairement de l'aide au peuple afghan, de la stabilisation et de la reconstruction du territoire après la chute du régime taliban s'est ainsi transformée, dans certaines régions, en véritables actions de combat. La question s'est ainsi posée de savoir dans quel cadre juridique les soldats engagés au nom de l'OTAN se trouvaient. Pour toutes les missions de sécurisation menées par les forces des États membres de l'OTAN de l'OTAN, le conflit a été qualifié de « conflit armé non international » au sens des conventions de Genève de 1949, les forces armées soutenant le gouvernement en place dans la stabilisation du pays. Ainsi, le Comité international de la croix rouge (CICR) a précisé que le droit international humanitaire (droit des conflits armés) devait s'appliquer, entraînant pour les forces une obligation de respecter l'article 3, commun aux quatre conventions de Genève, ainsi que l'intégralité du protocole additionnel II de 1977.

Dans certaines zones, de réelles actions de guerre étaient conduites dans le cadre de l'opération « liberté immuable », dans d'autres, des missions de sécurisation du territoire. Ces dernières réalisées par les forces internationales de sécurité pouvaient aller de la participation aux

[3] La légitime défense est autorisée par la Charte des Nations unies à l'article 51.
[4] Une *loya jirga* (grande assemblée en Pachto) formée d'un millier de représentants provenant des 37 régions du pays s'est réunie entre le 11 et le 19 juin 2002. La constitution a été adoptée en janvier 2004 et les élections présidentielles ont eu lieu quelques mois plus tard. Karzaï a été élu avec 55,4% des voix.

« *shuras* »[5] à des actions de coercitions lorsque cela était nécessaire, ce que l'on appelle dans le monde militaire « la contre insurrection »[6]. Tout ceci est encadré par un mandat otanien assez large et des règles opérationnelles d'engagement variées selon les nations.

L'exemple du conflit afghan est révélateur des difficultés juridiques liées au cadre de l'engagement.

- Une intervention militaire dépend dans un premier temps d'une volonté politique claire et d'une stratégie cohérente qui doit s'inscrire dans une durée déterminée.
- Cette intervention doit ensuite être légalisée le plus souvent par un mandat international résultant du Conseil de sécurité des Nations unies[7]. Cependant, ces résolutions bien que définissant le cadre juridique de référence sont issues de négociations politiques, donc parfois assez larges dans leur rédaction.

L'engagement peut également être mené par une organisation multinationale telle que l'OTAN, ce qui accroît les difficultés et les nécessités d'interopérabilité.
Ensuite, chaque nation a la possibilité de présenter des restrictions dans l'emploi de la force[8] ou même des restrictions plus large dans leur engagement, ce qui rend le travail en multinational parfois périlleux.
Enfin les règles opérationnelles d'engagement[9] (ROE) attachées au « plan d'opération »[10] sont extrêmement nombreuses (souvent présentées sous forme de catalogues) et encadrant l'usage de la force[11].
Au centre de ce dispositif le soldat a une mission à effectuer. Cependant le cadre exceptionnel dans lequel il est placé pour intervenir lors de sa mission ne l'exonère pas de sa propre responsabilité (pénale) en cas de faute grave.

II. Les avancées du droit national au regard de la spécificité du statut de soldat

Le phénomène de judiciarisation est commun à tous les métiers et touche également celui de soldat. Le droit est présent comme on l'a vu supra dans le cadre d'engagement de la force. Il légalise l'intervention le plus souvent par une résolution du Conseil de sécurité des Nations

[5] Réunions avec les *Maleks* (maires), gouverneurs ou chefs de guerre.
[6] « La contre insurrection (COIN) est l'ensemble des activités politiques, sociales, militaires, juridiques, et psychologiques, institutionnelles ou non, nécessaires pour neutraliser une insurrection et répondre aux principaux motifs d'insatisfaction de la population ». Définition tirée de la doctrine interarmées de contre insurrection du CICDE, DIA- 3.4.4, accessible en ligne sur le site du CICDE :
http://www.cicde.defense.gouv.fr/spip.php?article630, mise en ligne le 16/11/2010.
[7] Les missions qui ne sont pas sous mandat onusien concernent par exemple l'évacuation des ressortissants.
[8] Le terme employé est « *caveats* ».
[9] Les ROEs n'ont aucune valeur juridique, elles sont considérées comme des directives d'usage de la force rédigées lors de la planification de l'opération et avalisées au niveau politique. Elles servent à autoriser, limiter ou interdire cet usage de la force.
[10] Le terme employé dans le langage militaire est « OPLAN ».
[11] L'usage de la force s'entend de l'emploi de mesures coercitives jusqu'au recours à la force létale dans le cadre de la nécessité de l'accomplissement de la mission en respectant le droit international et les exigences de proportionnalité.

unies. Il permet, sans doute parfois avec quelques difficultés, de qualifier le conflit pour permettre une application directe du droit international humanitaire. Cependant, ce cadre assez solide au niveau institutionnel, qui temporise également la volonté politique, ne protège pas le soldat de la responsabilité qui lui incombe dans la mission qu'il coordonne ou réalise. A tous les niveaux de commandement, chaque militaire a des devoirs et des responsabilités dans les ordres qu'il peut donner et/ou recevoir. Dans sa mission, il ne peut agir comme il le souhaite. Il est regardé, contrôlé, surveillé et finalement encadré.

La perception d'insécurité juridique semble-t-elle fondée au regard de la spécificité même du statut de soldat ?

- *« Les militaires doivent obéissance aux ordres de leurs supérieurs et sont responsables de l'exécution des missions qui leur sont confiées* »[12].

Dans l'organisation hiérarchisée de l'engagement militaire à servir et à défendre son pays, la chaîne de commandement reste assez rigide. L'obéissance est une donnée fondamentale de la fonction de soldat, c'est un devoir énoncé à l'article L 4122-1 du code de la défense. On comprend aisément qu'au cœur de l'action, il serait délicat qu'un des opérationnels sur le terrain discute voire conteste l'ordre donné. D'ailleurs, tout refus d'exécuter un ordre constitue une faute disciplinaire, voire une infraction pénale. Cependant, deux contraintes imposées au commandant[13] sont liées à cette obéissance 'sans failles' que l'on impose au soldat.

La première concerne l'interdiction d'ordonner ou de faire accomplir des actes qui seraient contraires aux lois et coutumes de la guerre ainsi qu'aux conventions internationales. Celui qui ordonne a le devoir de ne donner que des ordres « légaux », et celui qui reçoit l'ordre de pouvoir ne pas l'exécuter si celui-ci est « manifestement illégal ». Cet équilibre précaire entre le devoir d'obéir et celui de pouvoir contester est très délicat pour le subordonné d'autant plus que des paramètres extérieurs tels que le stress en condition opérationnelle, la mauvaise compréhension d'un ordre ou encore la rapidité de l'action peuvent brouiller la perception de l'individu.

La seconde contrainte qui n'est qu'une conséquence directe de la première, énonce que **la responsabilité propre des subordonnés ne dégage pas leurs supérieurs de leurs propres responsabilités**. Il doit également assumer les conséquences de ses décisions ou des agissements de ses subordonnés lorsque ceux-ci sont directement issus des ordres donnés. Le statut du tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) énonce dans son article 6 al. 3 que les actes commis par le subordonné n'exonèrent pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou

[12] Article 8 (abrogé au 30 mars 2007) du chapitre II obligations et responsabilités de la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires.
[13] « Toute personne ayant des responsabilités de commandement, depuis les commandants supérieurs jusqu'aux chefs de peloton n'ayant que quelques hommes sous leurs ordres » : conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (CDDH/I/S.R50), Genève 1974-1977.

l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs.

Récemment, quatre militaires français ont été poursuivis pour le meurtre d'un civil ivoirien, en 2005, dans le cadre de la force Licorne déployée en Côte d'Ivoire sous le mandat de l'ONU. Firmin Mahé, est mort étouffé par un sac plastique posé sur sa tête. Les militaires présents ont vue leur responsabilité engagée. Un adjudant-chef répondra en 2011 d'homicide volontaire, celui qui tenait la victime de « complicité de meurtre par aide et assistance » et le chauffeur qui conduisait le véhicule blindé pendant l'acte d'« omission d'empêcher la réalisation d'un crime »[14]. Le colonel responsable de la mission qui aurait donné un ordre manifestement illégal est lui poursuivi pour « complicité par instigation du meurtre ». En revanche, le général Poncet, commandant de la force Licorne, mis en examen en décembre 2005 pour « complicité d'homicide volontaire » bénéficie actuellement d'un non-lieu. **Le soldat reste donc pénalement responsable lorsque l'ordre prononcé est « manifestement illégal ou contraire aux règles de droit international applicables dans les conflits armés ».**

- « *N'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération militaire se déroulant à l'extérieur du territoire français, exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement de sa mission* ».

L'alinéa 2 de l'article L. 4123-12 du code de la défense protège ainsi les soldats engagés sur des théâtres extérieurs, dans lesquels ils pourraient user de leurs armes pour l'accomplissement de l'objectif demandé.

Avant la rédaction de cet alinéa, en 2007, les soldats engagés dans des théâtres extérieurs répondaient directement aux ordres définis dans les règles opérationnelles d'engagement. Ces ROE, ne constituant certes pas une disposition législative ou règlementaire s'imposant au juge, étaient rédigées de telle sorte à respecter le droit des conflits armés. L'emploi de la force armée était donc jugé au regard de la légitime défense et de l'état de nécessité seulement, sans prendre en compte au niveau de la justice pénale française l'existence de ces ROE. Aujourd'hui les ROE ne sont toujours que des moyens de faciliter l'action mais ne sont pas reconnus devant les tribunaux français. En revanche cet alinéa permet de protéger pleinement le soldat qui use de la force dans le cadre de la mission, créant ainsi un espace de protection élargi à ce cas particulier de l'engagement extérieur où l'utilisation de la force peut être faite rapidement comme une fracture dans la phase de stabilisation menée par exemple par le gouvernement afghan soutenu par les membres de l'OTAN. La protection dans l'accomplissement de sa mission est une avancée pour les soldats engagés. L'adéquation entre la réalité du terrain, de l'engagement et le droit français permet de limiter les difficultés pouvant être relevées lors d'une action menée par la force. Cependant, la meilleure protection dont ils bénéficient depuis 2007 ne les exonère pas de la possibilité de se retrouver devant la justice en cas de faute grave et de non respect du droit.

[14] « Quatre ex-militaires français poursuivis pour meurtre » *in Le Monde*, samedi 24 juillet 2010, p.6.

III. La responsabilité pénale du soldat

Pour que la responsabilité du militaire soit engagée il faut qu'une faute de nature pénale et non simplement une faute disciplinaire ait été commise. Les opérations extérieures actuellement sont de nature diverse. La France, qui envoie des troupes pour assurer des missions de sécurité, ne se trouve pas en « temps de guerre » mais bien en « temps de paix ». Elle signe des accords de défense prévoyant qu'en cas de poursuites pénales, les tribunaux de l'État français seront compétents pour y juger ses propres ressortissants. Dans le cadre d'une intervention en tant que membre de l'Otan le même processus s'applique, portant le non de « *status of forces agreement* » (SOFA).
La justice militaire est rendue sous le contrôle de la Cour de cassation en temps de paix et pour les infractions commises hors du territoire de la République par le tribunal aux armées de Paris (TAP) et, en cas d'appel, par la juridiction d'appel compétente, en faisant application en matière criminelle (…)[15]. Un projet de loi visant à supprimer le TAP et à transférer ses compétences à une juridiction spécialisée du tribunal de grande instance de Paris sera soumis prochainement à l'examen du parlement pour une effectivité prévue en 2011.

Lors d'une audition de l'ancien chef d'état-major des armées Jean-Louis Georgelin, face aux réactions éventuelles d'inquiétude s'agissant de la reconnaissance de la spécificité militaire, celui-ci a affirmé que les dispositions générales du code de justice militaire[16] et du code de la défense restant inchangées, la spécificité militaire sera préservée. L'ancien ministre de la défense, Hervé Morin, a également souhaité que le contexte des opérations extérieures et la complexité liée aux engagements dans le cadre du droit des conflits armés soit pris en considération et surtout préservé. Il a indiqué également que « cette réforme va mettre fin à une particularité qui n'avait plus aucun sens aujourd'hui »[17].

« Trois éléments illustrent cette volonté :
- l'existence d'une formation spécialisée unique au sein du TGI de Paris ;
- le maintien de l'avis consultatif préalable du ministre de la défense avant toute poursuite pénale (hors cas de flagrance) ;
- la confirmation de l'exception procédurale selon laquelle il est impossible, pour la victime d'une infraction commise par un militaire, de faire citer directement ce militaire devant une juridiction de jugement »[18].

---

[15] Article LI al.1er, titre préliminaire du code de justice militaire. Modifié par Loi 2007-289 2007-03-05 art. 2 1° JORF 6 mars 2007 en vigueur le 12 mai 2007

[16] « Audition du général d'armées, Jean-Louis Georgelin, chef d'état major des armées, sur la situation en opérations extérieures », consultable sur le site armees.com : http://www.armees.com/info/articles/analyses/Audition-du-general-d-armee-Jean.html, publié le 21 février 2010, [consulté le 7/02/11].

[17] Secrétariat général pour l'administration, direction des affaires juridiques, « Transfert des compétences du tribunal aux armées de Paris à une formation spécialisée du TGI de Paris », consultable en ligne : http://www.defense.gouv.fr/sga/rubrique-actualites/transfert-des-competences-du-tribunal-aux-armees-de-paris-a-une-formation-specialisee-du-tgi-de-paris/(language)/fre-FR, mise à jour le 26 juin 2010, [consulté le 4/02/11].

[18] *Idem.*

Le tribunal compte une vingtaine d'instructions en cours dont les plaintes des familles de victimes de l'embuscade d'Uzbeen en août 2008, les bombardements de Bouaké en 2004 et la responsabilité de l'armée française dans les événements du Rwanda.
L'État reste tenu de protéger les militaires contre les menaces et attaques dont ils peuvent être l'objet à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et de réparer le préjudice qui en est résulté[19]. Il est également tenu d'accorder sa protection au militaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion des faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle[20].

Toutefois, le nombre d'affaires jugées (crimes et délits commis par les militaires à l'étranger) au TAP reste assez limité. « **Sur 1600 affaires par procureur que traite le tribunal par an contre 4000 en moyenne par procureur pour un tribunal classique, 1300 sont classées sans suite. 90 % d'entre elles relèvent du droit commun** »[21].
Un militaire auteur d'une infraction de nature pénale reste seul responsable de ses actes. La faute pénale est toujours individuelle dans sa condamnation. En revanche, si la faute n'est pas dénuée de lien avec le service elle peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'État. Tout se joue sur l'interprétation du lien avec le service. Si la faute est commise pendant le service mais sans lien avec celui-ci, la responsabilité pécuniaire de l'État peut être recherchée.

Cette faute pénale peut également être intentionnelle, c'est-à-dire qu'elle doit être caractéristique d'une volonté de commettre un acte illicite. Ainsi les cas d'intervention en légitime défense ou en état de nécessité ne sont pas punissables. Ceci est donc apprécié selon le contexte et la situation particulière dans laquelle se trouve le soldat. Il faut que cette illégalité paraisse évidente. En cas de doute, le soldat peut toujours demander un ordre écrit pour avoir la certitude de la légalité de son action. Mais la possibilité d'utiliser une telle procédure reste exceptionnelle remettant en cause le lien de confiance entre le chef et son subordonné et pouvant parasiter la mission en créant de nombreuses inerties.

Le militaire français a pris conscience de l'importance du droit dans sa mission. C'est un aspect qui ne peut plus être évité dans les opérations, et avec lequel les forces armées doivent composer. Bien qu'il soit difficile de connaître et appliquer l'ensemble des dispositions, le rôle du conseiller juridique appelé communément LEGAD (*legal adviser*) soutient le commandement dans ses prises de décisions et forme également au droit opérationnel. Les différentes directions spécialisées en droit des conflits armés sont également présentes pour apporter leurs expertises. Il est indispensable de remplacer la méfiance de certains militaires vis-à-vis du droit par une meilleure connaissance de celui-ci, ce qui représente un effort constant des professionnels du droit opérationnel.

[19] Article 15 al.2 du statut général du militaire.
[20] Article 15 al. 4 du statut général du militaire.
[21] Samantha LILLE, « Le tribunal aux armées de Paris : mode d'emploi », consultable en ligne : http://www.defense.gouv.fr/actualites/articles2/le-tribunal-aux-armees-de-paris-mode-d-emploi, mise à jour le 23 juillet 2010, [consulté le 02/02/11].